



**Avis de M. Pierre Lavigne,
avocat général (chambre criminelle)**

Arrêt n° 109 du 3 février 2021

Pourvoi n° H 19-21.403

Décision attaquée : arrêt du 4 juillet 2019 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

société Côte d'Azur Sotheby's Saint-Jean Cap-Ferrat

C/

société Océan 24

Audience (FS) du 8 décembre 2020

Le pourvoi interroge sur le statut du négociateur immobilier non-salarié.

Rappel des faits et de la procédure

La société Burger Real Estate Finance (la société BREF) a constitué trois sociétés dont elle est l'associée unique :

- la société Burger Real Estate,
- la société Les trois caps,
- la société MAFA,

Ces trois sociétés exercent une activité d'agent immobilier et ont pour gérant Mme S....

Par trois contrats du 1^{er} janvier 2015, chaque société a confié à Mme S... un mandat d'agent commercial de prospection et de transaction de vente d'appartements, maisons et terrains. Ces actes ont été signés par Mme S... tant pour les mandantes que pour elle-même en qualité de mandataire, ainsi que par M. H..., président de la société BREF.

La société Océan 24 a été immatriculée le 30 mai 2017. Elle a une activité d'agence immobilière et sa gérante est Mme S....

Du 29 septembre 2017 au 26 juin 2018, la société Océan 24 a facturé aux sociétés Les trois caps et Burger Real Estate des honoraires et commissions sur des transactions immobilières réalisées au titre des mandats d'agent commercial confiés à Mme S... par les conventions du 1^{er} janvier 2015.

C'est l'origine de litige.

Les sociétés Burger Real Estate, Les trois caps et MAFA ont révoqué Mme S... de ses fonctions de gérante puis ont obtenu du président du tribunal de commerce d'Antibes, par ordonnance du 31 août 2018, l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire sur les biens et avoirs de la société Océan 24.

Saisi en rétractation, le président du tribunal de commerce d'Antibes, statuant par ordonnance de référé du 21 décembre 2018, a :

- constaté que les créances alléguées au soutien de la requête initiale n'étaient pas fondées,
- rétracté l'ordonnance du 31 août 2018,
- ordonné la mainlevée des saisies conservatoires pratiquées sur son fondement.

Par arrêt du 4 juillet 2019, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé cette ordonnance en toutes ses dispositions.

Il s'agit de la décision attaquée par les sociétés Burger Real Estate et Les trois caps, devenues respectivement la société Côte d'Azur Sotheby's Cannes et la société Côte d'Azur Sotheby's Saint-Jean-Cap-Ferrat.

Réponse aux moyens

Deux moyens sont articulés au soutien du pourvoi.

Le premier, pris d'un défaut de réponse à conclusions, n'apparaît pas de nature à retenir longuement l'attention.

Le second, sur lequel le présent avis se concentrera, conduit à rechercher si un agent commercial habilité par le titulaire de la carte professionnelle d'agent immobilier (en l'occurrence Mme S...) peut se substituer une personne morale (ici la société Océan 24).

Sur le premier moyen

Il soutient dans une branche unique *“que pour établir l'existence de créances fondées en leur principe, la société Les trois caps et la société Burger Real Estate se prévalaient de ce que les factures émises par la société Océan 24 ne correspondaient à aucune créance ; qu'à cet égard, elles soutenaient notamment que*

les conventions du 1^{er} janvier 2015 invoquées par la société Océan 24 comme fondant les créances ayant donné lieu à factures, procédaient de conventions illicites pour n'être pas conformes aux règles gouvernant les conventions réglementées dans la mesure où Madame S... assumait la direction générale des deux sociétés (conclusions du 23 mai 2019, pp. 12-14) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, les juges du fond ont violé l'article 455 du code de procédure civile".

Avis

Les demanderesses au pourvoi avaient effectivement soulevé, dans leurs conclusions d'appel, la non-conformité des conventions du 1^{er} janvier 2015 aux règles gouvernant les conventions réglementées prévues à l'article L. 223-17 du code de commerce.

Aux termes de ce texte, lorsqu'il n'y a pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé, intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés, sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée générale.

Même s'il est vrai que la cour d'appel n'a pas expressément répondu au moyen soutenant que cette autorisation faisait défaut, l'arrêt contient cependant des constatations qui rendent inopérant le grief invoqué à l'appui du pourvoi.

D'abord, l'arrêt énonce à plusieurs reprises que les sociétés signataires des conventions litigieuses ont pour associée unique la société BREF, dont le président est M. H....

Ensuite, la cour d'appel a relevé que :

« ces actes [les trois contrats du 1^{er} janvier 2015] ont été signés par Madame S... tant pour les mandantes que pour la mandataire, ainsi que par Monsieur H... président de la société BREF ».

Le premier juge avait pour sa part relevé, par des motifs qui ont été adoptés, que les prestations facturées avaient été réalisées *"à l'appui des conventions écrites et acceptées par l'associée unique des sociétés BRE et LES TROIS CAPS, la société BREF ».*

Ces constatations, dont il ressort clairement que les conventions ont été approuvées par l'associée unique de chacune des sociétés mandantes, constituent une réponse implicite mais suffisante au moyen pris de la violation des dispositions de l'article L. 223-17 du code de commerce.

En conséquence, le grief de défaut de réponse à conclusions, invoqué à hauteur de pourvoir, n'apparaît pas fondé et il est conclu au rejet du premier moyen.

Sur le second moyen

La première branche soutient *"que le premier juge, dont les motifs ont été adoptés, relève que les factures correspondent à des prestations accomplies en exécution des contrats d'agent commercial, et que Madame S... a strictement appliqué les conventions (jugement, p. 3) ; que l'arrêt lui-même constate que les conventions du 1^{er} janvier 2015 conféraient à Madame S... un mandat d'agent commercial en vue de prospection et de transaction de vente d'appartements, maisons et terrains (arrêt, p. 3 alinéa 3) et que les factures émises visent des honoraires ou des commissions sur ventes ou locations (arrêt, p. 3 alinéa 5) ; qu'en refusant de rechercher, dans ces conditions, si, exercées par une personne morale dans le secteur de l'immobilier, comme il était constaté, les conventions conclues avec la SARL Océan 24 n'étaient pas illicites, excluant de ce fait l'existence de créances contractuelles, les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs propres constatations et ont violé l'article L. 511-1 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 4 de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 ."*

La deuxième branche prétend *"qu'en tout cas, eu égard aux constatations figurant à l'arrêt attaché ainsi qu'à l'ordonnance entreprise, les juges du fond ont à tout le moins privé leur décision de base légale faute de s'expliquer sur la nullité, au regard de l'article L. 511-1 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 4 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 "*.

Avis sur les deux branches réunies

Il résulte des dispositions de l'article 3 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 régissant les activités de l'agent immobilier¹ que les activités de transaction ou de gestion immobilière ne peuvent être exercées que par des personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle.

Mais l'article 4 donne au titulaire de cette carte la possibilité d'habiliter "*toute personne*" à négocier, s'entremettre ou s'engager pour son compte.

La personne habilitée, qui peut être salariée ou non salariée, doit justifier d'une compétence professionnelle, de sa qualité et de l'étendue de ses pouvoirs dans les conditions fixées par le décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 et contracter une assurance contre les conséquences de sa responsabilité civile et professionnelle.

La loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 a modifié cet article 4 en conférant aux négociateurs non-salariés le bénéfice du statut des agents commerciaux, prévu à l'article L. 134-1 du code de commerce.

Alors que le titulaire de la carte professionnelle peut être une personne physique ou une personne morale (article 3), qu'en est-il de l'habilitation prévue à l'article 4 ? Peut-elle être délivrée à une personne morale ?

Dans un arrêt antérieur à la loi du 13 juillet 2006, la Cour de cassation a jugé que seule une personne physique pouvait être mandatée par un agent immobilier.

Civ. 1^{ère}, 8 février 2005, pourvoi n° 02-10.643 :

"attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970 que les activités de transaction ou de gestion immobilière ne peuvent être exercées que par des personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle délivrée par le préfet ; que si l'article 4 de cette loi donne au titulaire de la carte la possibilité d'habiliter une personne physique à négocier, s'entremettre ou s'engager pour son compte dans les conditions prévues à l'article 9 du décret du 20 juillet 1972, il ne permet pas de conférer à une personne morale l'autorisation d'exercer l'activité d'agent immobilier, sans être elle-même titulaire de cette carte".

La juridiction administrative s'est prononcée dans le même sens.²

Après la loi du 13 juillet 2006, la question s'est alors posée de savoir si le négociateur agent commercial pouvait être une personne morale.

Il a été précisé dans une réponse ministérielle que "*pour étendu qu'il soit, le statut des agents commerciaux, en tant qu'il s'applique aux négociateurs immobiliers, doit se combiner avec les règles propres à cette activité telle l'impossibilité d'exercer l'activité de négociateur sous une forme sociétaire.*"³

La question ne fait désormais plus débat puisque l'article 9 du décret du 20 juillet 1972 modifié par le décret n° 2015-702 du 19 juin 2015, énonce :

"Toute personne physique habilitée par un titulaire de la carte professionnelle à négocier, s'entremettre ou s'engager pour le compte de ce dernier, justifie de la qualité et de l'étendue de ses pouvoirs par la production d'une attestation conforme à un modèle déterminé par arrêté du ministre chargé de l'économie."

Il est donc bien établi que seule une personne physique peut être habilitée en qualité de négociateur immobilier par le titulaire de la carte professionnelle d'agent immobilier.

Mais la personne physique ainsi habilitée peut-elle se substituer une personne morale ?

C'est la question posée par le pourvoi.

¹ Dite loi Hoguet.

² CE, 9 juin 2006, n° 262639.

³ Rép. min. justice, JOAN du 19 décembre 2006, p. 13381.

J'y répondrai pour ma part par la négative. Pour deux raisons.

Qu'il soit salarié ou agent commercial indépendant, le négociateur est le collaborateur de l'agent immobilier. C'est ce dernier qui le choisit en fonction de critères qui lui sont propres et des qualités qu'il lui prête. L'habilitation délivrée a incontestablement un caractère personnel et l'agent immobilier ne saurait se voir imposer une autre personne que celle qu'il a choisie. Par ailleurs, c'est au vu d'une attestation remise par le titulaire de la carte professionnelle que le négociateur justifie de sa qualité et de l'étendue de ses pouvoirs. Il apparaît dès lors que seule la personne à laquelle l'habilitation a été délivrée est autorisée à négocier et s'engager pour le compte de l'agent immobilier, ce qui exclut toute faculté de substitution.

En toute hypothèse, on sait qu'en l'état du droit positif, tel qu'il a été rappelé ci-dessus, l'activité de négociateur immobilier ne peut être exercée sous une forme sociétaire. Il s'ensuit que permettre à la personne habilitée en cette qualité de se substituer une personne morale contreviendrait aux dispositions de l'article 9 du décret du 20 juillet 1972 qui sont d'ordre public.

En conséquence de ce qui précède, il peut être soutenu que la société Océan 24 n'était pas en droit de percevoir des commissions et des honoraires pour des transactions réalisées en vertu de mandats confiés à Mme S... personnellement.

Les demanderesses au pourvoi sont dès lors fondées, de mon point de vue, à reprocher à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences, sur la régularité des règlements intervenus au profit de la société Océan 24, de ses constatations faisant ressortir qu'ils avaient pour origine une activité de négociateur immobilier exercée par une personne morale apparemment non habilitée.

Il est donc conclu à la cassation sur les deux premières branches du second moyen.

Il n'y a pas lieu, dès lors, de se prononcer sur les autres branches, au demeurant subsidiaires, et qui développent en substance le même grief sous un autre angle.

Avis de cassation